Lane
Lane Medical Library
STANFORD UNIVERSITY
JUL 24 1933
LIBRARY

Das Einwilligungsrecht zur Operation

insbesondere vom Standpunkt des Arztes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der
Badisch. Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

*

Vorgelegt von
RICHARD BAEHR
aus Mannheim

*

1 9 3 1

Druck von Friedrich Lamade Walldorf bei Heidelberg

Berichterstatter:
Professor Dr. Heinrich Mitteis.

MEINEN ELTERN

Inhaltsverzeichnis.

Literatur 7

Abkürzungen 11

I. *Einleitung* 13

II. *Einwilligung des unbeschränkt Geschäftsfähigen* 15

1. Begriff und rechtlicher Inhalt der Einwilligung 15
2. Vertrag zwischen Arzt und Patient . . . 17
3. Voraussetzungen und Grenzen der durch die Einwilligung gedeckten Eingriffe . . . 19
4. Allgemeine und besondere Eiwilligung . 22
5. Aufhebung der Einwilligung . . . 24
6. Ausnahmen zur Einwilligung des unbeschränkt Geschäftsfähigen 26
   a) Unmittelbare Notoperation 26
   b) Mittelbare Notoperation 27
   c) Auftraglose Geschäftsführung . . . 30
7. Das Einwilligungsrecht auf Grund von Rechten Dritter 33
8. Das Einwilligungsrecht auf Grund gesetzlicher Bestimmungen 35
9. Das Einwilligungsrecht der Soldaten und Gefangenen 36
10. Das Einwilligungsrecht in der Geburtshilfe 41

III. *Einwilligung des gesetzlichen Vertreters* . . 45

IV. *Schlußwort* 51

Literaturverzeichnis.

Binding, K., Hoche, A., Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form, Leipzig 1920.

Büdinger, K., Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. Leipzig-Wien 1905.

Ebermayer, L., Arzt und Patient in der Rechtssprechung. Berlin 1924.

Endemann, F., Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin 1893.

Enneccerus, L., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Neunte Bearbeitung. Marburg 1923.

Flügge, C., Das Recht des Arztes zum Gebrauch für den Arzt. Berlin-Wien 1903.

Götte, W., Was bringt das Bürgerliche Gesetzbuch den deutschen Ärzten Neues? Berliner Klinische Wochenschrift, 36. Jahrg. Nr. 43, 44; Berlin 1899.

Goldschmidt, F., Die Pflicht zur Duldung ärztlicher Eingriffe im Privat- und öffentlichen Recht. Greifswalder Dissertation; Greifswald 1917.

Heimberger, J., Strafrecht und Medizin. München 1899.

Hellwig, A., Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. Zeitschrift für ärztliche Fortbildung. Jena 1904, Nr. 23.

Joski, S., Die Einwilligung des Verletzten. Erlanger Dissertation; Bernburg 1899.

Kessler, R., Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin-Leipzig 1884.

Kirchberg. F., Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes. Medizinische Klinik, III. Jahrgang; Berlin 1907, Nr. 19, 20.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichs-

gerichts. I. Band, II. Auflage, Berlin 1913.
I. Band, IV. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.

Kühner, A., Der ärztliche Stand und dessen besondere Gefahren. Frankfurt a. M. 1889.

– Straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes. Sammlung klinischer Vorträge, 559/60 (Innere Medizin Nr. 173/74) Leipzig 1909.

Landmann, R., v., Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. VII. Auflage, München 1917.

Lilienthal, K. v., Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. Festgabe der jur. Fakultät Heidelberg für E. J. Bekker. Berlin 1899.

Linckelmann, K., Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin 1898.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Auflage; Berlin-Stuttgart-Leipzig 1923.

Liszt, F. v., Die Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen. Zeitschrift für ärztl. Fortbildung. Jena 1904, Nr. 8, S. 223 ff.

– Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1919.

Loewenwarter, V., Wegweiser durch das B G B, 7.–9. Auflage, Berlin 1927.

Mayer, M. E., Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts; Lehrbuch. Heidelberg 1916.

Metz, W., Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Rostocker Dissertation; Borna-Leipzig 1913.

Moll, A., Ärztliche Ethik. Die Pflichten des Arztes in allen Beziehungen seiner Tätigkeit. Stuttgart 1902.

Oertmann, P., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. III. umgearbeitete Auflage, Berlin 1927.

Oppenheim, L., Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.

Planck, G., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. u. II. Auflage; Berlin 1900. dto. IV. Auflage; Berlin 1913.

Rabel, E., Die Haftpflicht des Arztes. Gutachten erstattet im Auftrage der Ärzte Deutschlands. Leipzig 1904.

Rudeck, W., Medizin und Recht. Jena 1899.

Schmidt, R., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für

verletzende Eingriffe. Jena 1900.

Schnitzler, O., Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Leipziger Dissertation; Borna-Leipzig 1905.

Tillmann, H., Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie. V. Auflage, Leipzig 1896.

Staudinger, J. v., Kommentar zum BGB. und EG., IX. Auflage; München, Berlin und Leipzig 1925.

Stenglein, M., Das Recht des Arztes zu operieren. Münchner Medizinische Wochenschrift, Jahrgang 1899, Nr. 16, S. 527.

– Operationsrecht des Chirurgen. Deutsche Juristenzeitung. Berlin 1899.

– Zur Frage, ob ein Arzt ohne Genehmigung des Patienten eine Operation vornehmen darf. Deutsche Juristenzeitung. Berlin 1899.

Stooß, C., Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Eine strafrechtliche Studie. Berlin 1898.

– Die strafrechtliche Natur ärztlicher Handlungen. Deutsche Juristenzeitung. Berlin 1899.

Tuhr, A. v., Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München und Leipzig 1914.

Warneyer, O., Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. Erste Lieferung; Tübingen 1919.

Wilhelm, R. Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten in der Rechtspflege. Beiträge zur forensischen Medizin, Band I, Heft 3; Berlin 1912.

Zieger, W., Der objektive Tatbestand der unerlaubten Handlungen nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Dissertation; Leipzig 1902.

Zitelmann, E., Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Archiv für die civilistische Praxis, Band 99, Heft 1; Tübingen 1906.

– Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Deutsche Medizinische Wochenschrift. Leipzig 1907, S. 2052 ff.

* * *

Abkürzungen.

BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung
DMW.	Deutsche Medizinische Wochenschrift
EZ.	Entscheidungen in Zivilsachen
GewO.	Gewerbeordnung
JW.	Juristische Wochenschrift
KG.	Kammergericht
Komm.	Kommentar
MMW.	Münchner Medizinische Wochenschrift
MStGB.	Militärstrafgesetzbuch
RG.	Reichsgericht
StGB.	Strafgesetzbuch

* * *

I.

Einleitung.

DIE besondere Stellung des Arztes, wie die Ausübung seiner Tätigkeit geben infolge der eigentümlichen Verkettung persönlicher und beruflicher Belange häufig dazu Anlaß, über die Grundlagen der zwischen Arzt und Patient bestehenden Rechtsverhältnisse in Zweifel zu geraten. Dies ist besonders der Fall, wenn die Rechte und Pflichten des Arztes lediglich vom Standpunkt des Patienten oder gar dessen Angehörigen beurteilt werden.

Die besondere Bedeutung der gesetzlich gebotenen Notwendigkeit der Zustimmung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters zu ärztlichen Eingriffen, deren Voraussetzungen, Zulässigkeit und Grenzen, wie die Wichtigkeit der Frage der Einwilligung des geistig reifen und geschäftlich erfahrenen Minderjährigen ist durch die Rechtssprechung oberster Gerichte, wie durch die Fülle juristischen und medizinischen Schrifttums erwiesen.

Bei unserer – für ärztliches Wesen so verständnisarmen – Gesetzgebung bedarf es besonderen Entgegenkommens und weitgehendster Anerkennung der Leistungen des ärztlichen Standes, die zum Nachteil der Allgemeinheit immer noch durch die zivil- und strafrechtlichen Folgen mangelhafter Gesetzesgrundlagen eingeschränkt und in ihrer Entwicklung gehemmt werden.

Sollte es diese Abhandlung ermöglichen, zur gerechten Würdigung und Beurteilung der Vorwürfe gegen die Heilkunde und ihre Vertreter beizutragen, so wäre mehr als ihr Zweck erfüllt.

II.

Einwilligung des unbeschränkt Geschäftsfähigen.

1. Begriff und rechtlicher Inhalt der Einwilligung.

Das Einwilligungsrecht zur Operation setzt als Willenserklärung Willensfähigkeit des Erklärenden voraus. Die herrschende Meinung in der Jurisprudenz[1] sieht in der Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff die Abgabe einer Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur; denn Willenserklärung ist jedes Verhalten, in dem sich ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Wille äußert. Das Urteil der I. Strafkammer des Landgerichts II zu Berlin vom 30. I. 1912 verneint den rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung zur Operation. Es bezeichnet sie lediglich als „eine tatsächliche Erklärung", da „es sich bei der Einwilligung zu einer ärztlichen Operation nicht um ein Rechtsgeschäft handle."[2]. Zitelmann hingegen macht

1) Vgl. RG. III. Zivils. 21. VI. 1907 s. JW. 36. Jahrg. Berlin 1907 S. 505 Nr. 2; RG. VI. Zivils. 27. V. 1908, EZ. 68, 431; RG. III. Zivils. 30. VI. 1911 s. Wilhelm S. 27; Ebermayer S. 126; Joski S. 22; Kessler S. 19; Lindemann-Soergel, Anm. 3 zu § 107 BGB.; Motive Bd. II S. 730; Planck, BGB. I. Bd. S. 245 Anm. 4; II. Bd. S. 610; unbestimmt die Protokolle Bd. II S. 578 ff.; Warneyer, Anm. zu § 107 I BGB.; Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Arch. f. civ. Prax. Bd. 99 Heft 1 S. 51.

A. A. Büdinger S. 44; Metz S. 31; Staudinger v., Anm. 7 zu § 107 BGB.; Tuhr, v., 2. Bd. 1. Hälfte S. 343 Anm. 57, 58; Wilhelm S. 33 ff.

2) Vgl. Linckelmann S. 81; Zieger S. 39 Anm. 13.

den rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung nicht von der tatsächlichen Natur des ärztlichen Eingriffes abhängig; denn, „wenn man, damit die Willenserklärung eine rechtsgeschäftliche sei, eine juristische Absicht des Erklärenden fordert, so braucht diese Absicht doch keine juristisch ausgeprägte zu sein; es genügt, wenn sie auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten beabsichtigt, wobei weiter auch der Grad, mit dem der Handelnde diese rechtliche Seite des beabsichtigten Erfolgs sich darstellt, gleichgültig bleibt."[1]

Als rechtlich erhebliche Willenserklärung ist die Einwilligung Rechtsgeschäft, also die bewußt auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung. Sie ist stets wirksam, sofern sie nicht gemäß §§ 134 und 138 BGB., welche die Schranken für die Wirksamkeit jedes Rechtsgeschäfts bilden, gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

Aus der Natur der Einwilligung als einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ergeben sich die weiteren rechtlichen Voraussetzungen, die für die Wirksamkeit der Einwilligung in der Person des Einwilligenden zu erfüllen sind:[2] *die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.* Diese ist ein rein zivilrechtliches und aus den Bedürfnissen des zivilrechtlichen Verkehrs erwachsenes Erfordernis für die Fähigkeit,[3] rechtsgeschäftliche Handlungen gültig vorzunehmen, also mit voller Wirksamkeit rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Demnach erfordert die rechtswirksame

1) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 51; vgl. Enneccerus, BGB. Bd. I, Abt. 2 S. 598 Anm. 25; Metz S. 22; Planck, Anm. 3 zu § 823 II BGB.

2) Vgl. Metz S. 27.

3) „ „ S. 29.

Einwilligung zur Operation nicht nur Willensfähigkeit, sondern unbeschränkte Willensfähigkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

2. Vertrag zwischen Arzt und Patient.

Ein ärztlicher Eingriff kennzeichnet sich nicht dadurch, daß ihn ein Arzt vornimmt, denn ärztliche Handlungen kann jeder vornehmen, der sich zur Ausübung der Heilkunde befähigt und berufen fühlt. Es ist reichsgesetzlich festgelegt, daß die Ausübung der Heilkunde freigegeben ist und von einer Prüfung und Konzession nicht abhängig gemacht werden kann, sofern nicht gleichzeitig eine unbefugte Titelbeilegung stattfindet.[1] Ein ärztlicher Eingriff ist daher zu beurteilen nach seinem Zweck, der in der Bekämpfung oder Verhütung körperlicher oder geistiger Annomalien und Krankheiten besteht, deren Indikation und Behandlung dem jeweiligen Stande der medizinischen Wissenschaft entsprechen.[2]

In seiner Eigenschaft als aktiv eingreifender Helfer tritt der Arzt von Ausnahmen abgesehen erst auf bestimmtes Ersuchen des Patienten in Tätigkeit.[3] Die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes ist grundsätzlich von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des Patienten abhängig, die durch den zwischen Arzt und Patient abgeschlossenen Vertrag erteilt wird. Ein Vertrag mit einem Dritten genügt nur, wenn diesem Dritten ein Sorgerecht für den Patienten zusteht, wie es z. B. gemäß §§ 1626 ff, 1773, 1915 BGB. dem

1) Vgl. v. Landmann, Komm. zur GewO. I. Bd. Anm. 4 zu § 29; Oppenheim S. 39; Stooß S. 46; RG. III. Strafs. 31. V. 1894, EStr. 25, 375.

2) Vgl. Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. DMW. Berlin 1907 S. 2053 ff.

3) Vgl. Büdinger S. 7.

gesetzlichen Vertreter im Verhältnis zu dem fürsorgebedürftigen Minderjährigen gegeben ist. Das Ersuchen der Dienstherrschaft um Behandlung des in ihrem Hause tätigen Personals ist sonach zur Vornahme eines ärztlichen Eingriffes ohne Zustimmung dieser Patienten nicht ausreichend.[1]

In den weitaus meisten Fällen ist der Vertrag zwischen Arzt und Patient ein *entgeltlicher Arbeitsvertrag*. „Der Verpflichtung des Arztes zur Leistung seiner ärztlichen Dienste steht gewöhnlich eine Verpflichtung des Kranken zur Leistung einer Vergütung gegenüber."[2] In Theorie und Praxis wird einheitlich anerkannt, daß der Vertrag zwischen Arzt und Patient ein *Dienstvertrag* ist. Die Unterstellung unter den Begriff des Dienstvertrags ist von besonderer Wichtigkeit, da nach § 627 BGB. jede Partei, also sowohl der Arzt wie der Patient ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes das Vertragsverhältnis kündigen kann. „Ohne dieses Kündigungsrecht würde einerseits der Stellung des Arztes die Freiheit und Würde mangeln, deren sie bedarf",[3] andererseits wäre der Patient, der das Vertrauen zu seinem Arzt verloren hat, zu sehr an ein Vertragsverhältnis gebunden, das unbedingt ein Vertrauensverhältnis sein muß. Daß der Arzt nicht durch plötzliche Kündigung in einer den Patienten schädigenden Weise seine Tätigkeit einstellen darf, erscheint selbstverständlich. Er darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweitig verschaffen kann. Der Arzt wäre unbedingt haftbar, sofern er eine Operation abbräche und hierdurch den Patienten schädigte.

1) Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 2053.
2), 3) Zitelmann a. a. O. S. 2052.

3. Voraussetzungen und Grenzen der durch die Einwilligung gedeckten Eingriffe.

Der Patient, der im Vertrauen auf die Kunst und Erfahrung seines Arztes seine Einwilligung zur Operation gibt, hat ein Recht auf Kenntnis des Verlaufes und der möglichen Folgen des Eingriffes. Andererseits hat der Arzt die Pflicht, den Patienten über die Notwendigkeit und Aussichten eines indizierten Eingriffes zu unterrichten.[1] Ein Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 1. III. 1912 sagt hinsichtlich der Aufklärungspflicht: „der Arzt sei nicht verpflichtet, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen könnten. Eine solche umfassende Belehrung würde unter Umständen sogar nicht selten falsch sein, da sie den Kranken zu seinem Nachteile von der Erteilung der Einwilligung abhalten oder ihn in eine dem Verlaufe der Operation nachteilige Aufregung versetzen würde."[2] In einem Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 1. III. 1912 wird die Anschauung vertreten, daß es nicht Pflicht des Arztes sein könne, den Patienten auf alle Möglichkeiten einer gefährlichen Operation hinzuweisen, wenn der Patient dies nach Lage der Sache selbst erkennen könne. Dieser Standpunkt des Reichsgerichts wird auch vom Arzte ungeteilt vertreten, was nicht ausschließt, daß der Patient das „Wichtigste des Operationsplanes unter Vorbehalt des programmäßigen Verlaufes"[3] erfahren soll. Auch soll der Patient wissen, „ob die Operation für die Erhaltung seines Lebens oder

1) Vgl. Heimberger S. 14; Lilienthal S. 47; Schmidt S. 53; Stenglein DJZ. 1899 S. 107; Stooß S. 31; Wilhelm S. 8.

2) Ebermayer S. 131 ff.

3) Büdinger S. 13.

die Förderung seiner Gesundheit unbedingt notwendig ist, ob sie dringlich ist, oder ob vorher noch etwas anderes versucht werden kann und sich der Eingriff verschieben läßt."[1]

Soweit es die Gelegenheit und die Anforderung der Behandlung gestatten, wird jeder Arzt seinen Patienten über die Indikation und die Ausführung eines Eingriffs unterrichten und diesen erst nach erteilter Einwilligung vornehmen.[2] Ganz unberechtigt ist die Auffassung von Stooß,[3] wonach an dem in einem Krankenhaus aufgenommenen Patienten ohne weiteres jeder sachgemäße Eingriff vorgenommen werden könne. Diese falsche Vorstellung, die leider auch heute noch von Laien vertreten wird, ist nur der absoluten Unkenntnis zu verdanken. Nur vollständig Uneingeweihte, die keine Ahnung von der Behandlung in den Krankenhäusern oder Kliniken haben, können auf einer derartig irrigen Anschauung beharren.

Neben der Aufklärungspflicht des Arztes muß ein Recht des Patienten auf Wahrheit der ihm gegebenen Erklärungen anerkannt werden. Die herrschende Meinung beschränkt vernünftigerweise dieses Recht des Patienten. „Jeder Besonnene weiß, daß unter Umständen eine Täuschung des Kranken, ja der Angehörigen geradezu notwendig ist."[4] Der beste Beweis für die Unhaltbarkeit der Forderung strenger Durchführung der wahrheitsgetreuen vollständigen Aufklärung ist die Vorstellung, daß der „Arzt immer nur den gebildeten Patienten voller Einsicht und Selbstbeherrschung, nie den

1) Büdinger S. 14; vgl. Lilienthal. v., S. 48.

2) Vgl. Schmidt S. 35.

3) Vgl. Stooß S. 31; Hellwig in Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, Jena 1904 Nr. 23 S. 695; König in Zeitschrift für soziale Medizin Bd. I S. 1895.

4) Schmidt, S. 36; vgl. Ebermayer S. 132; Büdinger S. 13.

kurzsichtigen, zaghaften, sein eigenes Wohl garnicht überschauenden Mann aus dem Volke oder gar die Frau aus dem Volke"[1] vor sich habe. Gegen diese Ansicht verneint Stooß[2] jede Zulässigkeit einer Täuschung über den Zustand des Patienten und über die Aussichten der Behandlung. Rückhaltslos, wenn auch in schonender Form, soll ihm die Wahrheit gesagt werden. „Der entschiedene Freimut des Arztes wird das Vertrauen des Patienten in seinen Arzt befestigen, während ein zweideutiges beschönigendes Verhalten des Arztes das Mißtrauen des Kranken erregen muß."[3] Dagegen ist anzuführen, daß besonders Patienten niederer Bildungsstufe bei allzugroßer Offenheit des Arztes ihre Einwilligung zu einer notwendigen, aber gefährlichen Operation verweigern und somit dem Arzt die Möglichkeit nehmen, ihr eigenes Wohl zu fördern.[4]

Andererseits darf niemals dem Patienten zum Zwekke der Beruhigung auf sein Fragen mitgeteilt werden, daß eine vorgeschlagene Operation keinerlei Gefahr bringe. Diese Rücksichtnahme wäre verfehlt. Denn, „daß der Mensch sterblich ist und daß niemand wissen kann, was für Überraschungen die nächste Minute bringt",[5] dürfte allgemein bekannt sein.

Nach Lage des einzelnen Falles ist dem Patienten eine möglichst unbeschränkte wahrheitsgetreue Mitteilung über Diagnose und Operationsplan zu machen. Für Genauigkeiten bis ins Einzelne kann kein Arzt eintreten. Lediglich der unvernünftige Patient, der über die verschiedenen Möglichkeiten und Formen eines ärztlichen Eingriffes kaum unterrichtet ist, wird Einzelheiten erfahren wollen. „Bei der sorgfältigsten ärztlichen

1) Schmidt S. 36; vgl. Ebermayer S. 132; Büdinger S. 13.
2), 3) Stooß S. 31.
4) Vgl. Schmidt S. 36; RG. III. Zivils. 1. III. 1912.
5) Büdinger S. 15.

Praxis kommen Fehler und Unrichtigkeiten vor, auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Sicherheit einer Maschine."[1] Die wenigsten Operationen können nach einem ganz bestimmten Schema ausgeführt werden, was dem Laien, dem die chirurgischen Einzelheiten unverständlich sind, meist unbekannt sein wird. Diese Tatsachen darf der Arzt nicht unbeachtet lassen. „Es ist seine Pflicht, jede «Detailabmachung», welche für ihn bindend angesehen werden könnte, als dem Interesse des Kranken widersprechend abzulehnen und lieber die Ausführung der Operation zu verweigern."[2] Es kann keinem Chirurgen zugemutet werden, mit „gebundenen Händen"[3] zu operieren.

Ein Eingriff ist nur dann und insoweit gerechtfertigt und für den Arzt ohne nachteilige zivil- und strafrechtliche Folgen, wenn er durch die Einwilligung des Patienten gedeckt ist. In der ärztlichen Sittenlehre ist dieser Grundsatz als Grundlage pflichtmäßiger ärztlicher Handlungen enthalten. Daß für die Grenzen eines operativen Eingriffs dieser Grundsatz „nicht zwingend, nicht Gegenstand einer formalen Pflicht"[4] sein kann, ergibt sich zwangsläufig aus den Erfahrungen des Lebens. Trotzdem liegt es im Interesse des Arztes, sich durch schriftlichen Revers, der heute allgemein von dem Patienten für jede Operation verlangt wird, für den Fall zu schützen, daß im Verlaufe der Operation ein weiterer Eingriff unbedingt notwendig wird.

4. Allgemeine und besondere Einwilligung.

Für kleine Eingriffe ungefährlicher Natur, deren Verlauf und Folgen nach den Erfahrungen der ärztli-

1) Seufferts „Archiv" 67 Nr. 57; RGZ. 78 S. 432.
2) Büdinger S. 13; vgl. Ebermayer S. 131/32.
3) Rudeck S. 71.
4) Schmidt S. 35/36.

chen Kunst bekannt und mit Bestimmtheit vorausgesagt werden können, genügt eine Einwilligung allgemeinen Charakters. Arzt und Patient können sich leicht über die Entfernung eines Muttermals, über die Vornahme der Tonsillotomie, selbst über eine Blinddarmoperation einigen, die ja auch in schwereren Fällen meist glücklich verläuft. Auch bei großen Operationen, bei denen es sich um Leben oder Tod des Patienten handelt und deren Verlauf sich nur in den gröbsten Umrissen feststellen läßt, wird notgedrungen nur eine Einwilligung allgemeiner Natur geboten sein. Der Arzt ist zu ermächtigen, das zu unternehmen, „was nach seinem besten Wissen und Können entsprechend dem jeweiligen Stande der Medizin behufs Heilung oder Linderung des in Frage kommenden Leidens notwendig ist."[1] Sich mit einer Einwilligung allgemeiner Natur zu begnügen, ist neben den bereits angeführten Fällen auch dann gestattet, wenn genauere Ausführungen vom Patienten abgelehnt werden, oder „kein Verständnis bei demselben finden und ein nach der Operation zurückbleibender, wesentlicher Nachteil oder der Ausfall einer wichtigen Organfunktion nicht wahrscheinlich ist."[2]

Neben der allgemeinen Zustimmung zur Operation bedarf es noch einer besonderen Einwilligung bei Verlust eines Gliedes, der eine auffallende Entstellung, insbesondere an nicht bekleideten Teilen des Körpers verursacht, bei Verlust oder Beeinträchtigung eines Organes, dessen Ausfall wichtige Veränderungen zur Folge hat, überhaupt bei jeder dem Patienten deutlich wahrnehmbaren Funktionsstörung. Hierher gehören Amputationen, Operationen, welche die Funktion der Sinnesorgane beeinträchtigen oder aufheben, das Sprechen be-

1) Vgl. Hellwig S. 695.
2) Vgl. Büdinger S. 12.

hindern oder – wenn auch nur zeitweise – unmöglich machen (Tracheotomie), ferner die Anlegung von dauernden Öffnungen im Magendarmkanal, welche zur Speisezufuhr auf künstlichem Wege dienen oder die Stuhlentleerung durch eine operativ angelegte Öffnung ermöglichen, etc. Von besonderer praktischer Wichtigkeit ist die operative Entfernung der Geschlechtsorgane oder Teile derselben, wie die Sterilisierung durch Röntgen- bzw. Radiumbestrahlung, welche neben dem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit auch weitergehende Veränderungen der geschlechtlichen Eigenart des durch sie betroffenen Individuums zur Folge haben können.[1] Für die Unfruchtbarmachung von Ehefrauen wird ausser der allgemein nur sehr gut begründeten Indikation zu diesem schwerwiegenden Eingriff neben der Einwilligung der Frau auch die des Mannes gefordert.

5. Aufhebung der Einwilligung.

Das Operationsrecht des Arztes gründet sich letzten Endes auf das freie Selbstbestimmungsrecht des Menschen.[2] Die erteilte Einwilligung zur Operation, die nach möglichst genauer Mitteilung über Diagnose und Operationsplan gegeben wurde, kann daher jederzeit vor Beginn des Eingriffes durch entsprechende gegenteilige Willenserklärung des Patienten entkräftet werden. Die Gründe, die eine Aufhebung der Einwilligung veranlassen mögen, sind für die Wirksamkeit der Gegenerklärung ohne Bedeutung. Ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Willenserklärung, unbegründetes oder

1) Vgl. Büdinger S. 12.

2) Vgl. Büdinger S. 7; Endemann S. 94; Flügge S. 65/66; Heimberger S. 9; M. E. Mayer S. 295; Oppenheim S. 21; Rudeck S. 70, 92; Schmidt S. 12; Schnitzler S. 34; Stenglein DJZ. 1899 Nr. 5, S. 107; Stooß S. 37; Zitelmann a. a. O. S. 2101.

begründetes Mißtrauen gegen den Arzt oder seine Heilmethode oder gar Furcht vor der Operation Veranlassung zur Willenserklärung des Patienten waren, ist gleichgültig. Jeder Mensch hat das Recht in Dingen, die nur ihn persönlich angehen, „Unvernünftiges zu tun und Vernünftiges zu unterlassen;"[1] und jeder Arzt hat die Pflicht, den Unverstand seiner Patienten zu berücksichtigen. Nach begonnener Operation, die in vielen Fällen in Narkose gemacht wird, bleibt der Arzt notgedrungen von den Erklärungen des Patienten verschont, da es selbst dem Ängstlichsten nicht möglich sein dürfte, in bewußtlosem Zustande seinen Willen zu seinem Nachteile zu betätigen.[2]

Nach den Voraussetzungen, die in der Person des Einwilligenden wie für die Einwilligung selbst vorliegen müssen, gilt für den Patienten, der über *unbeschränkte Geschäftsfähigkeit* verfügt, grundsätzlich folgender Satz: *Jeder ärztliche Eingriff bedarf der ausdrücklichen Einwilligung des Patienten.*

Obwohl dieser Grundsatz in keinem unserer geltenden Gesetzbücher ausdrücklich enthalten ist, fußt er in der Rechtsüberzeugung des Volkes und beherrscht nicht nur die Rechtssprechung und Literatur,[3] sondern auch die ärztliche Sittenlehre.[4]

1) Stenglein S. 107; vgl. Hellwig S. 695.

2) Vgl. Rudeck S. 71.

3) Vgl. Büdinger S. 7; Ebermayer S. 124; Flügge S. 62; Götte in Berlin. Klin. Wochenschr. S. 979; Kessler S. 77; v. Lilienthal S. 43; v. Liszt S. 223; Rabel S. 28/29; Schnitzler S. 34/35; Stooss S. 27, 37; Wilhelm S. 4; Zitelmann S. 2052, 2101, 2146; ferner Anm. 1, S. 13.

4) Vgl. Binding-Hoche S. 45 ff.; M. E. Mayer S. 295.

6. Ausnahmen zur Einwilligung des unbeschränkt Geschäftsfähigen.

a) Unmittelbare Notoperation.

Eine Reihe unvermeidlicher Ausnahmen[1] durchbrechen den Grundsatz der unerläßlichen Einwilligung des Patienten. Auf die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff muß in Fällen verzichtet werden, in denen sich der zu Behandelnde in bewußtlosem Zustande befindet, und niemand zugegen ist, der für ihn in rechtswirksamer Weise die Zustimmung zu einem erforderlichen Eingriff erteilen könnte.[2] Derartige Fälle, in denen weder eine Einwilligung, noch ein Verbot des Patienten zu einem ärztlichen Eingriff vorliegt, sind häufig. Es sei nur an die in bedauerlicher Weise immer mehr zunehmenden Verkehrsunfälle gedacht. Ein Mensch wird auf der Straße durch Unfall erheblich verletzt und liegt bewußtlos am Boden. Zufällig Vorübergehende nehmen sich des Verunglückten an und holen einen Arzt zu Hilfe, der eine Verletzung lebensgefährlicher Natur feststellt, die einen sofortigen Eingriff erfordert. Niemand wird in diesem Falle, in dem ein Menschenleben unmittelbar bedroht ist, die Unterbindung einer blutenden Arterie z. B. von der erteilten Einwilligung des Verletzten abhängig machen wollen. Mit oder ohne den Willen des Verunglückten wird jeder Umstehende diesem zu helfen suchen. Warum soll es der Arzt nicht, dessen Beruf von unserer Kultur und unserem Staate anerkannt ist, und der als berufener Helfer zur Rettung bereit ist?[3] Es darf ruhig behauptet werden, daß ne-

1) Vgl. Rudeck S. 69.

2) Vgl. Ebermayer S. 123, 129; Heimberger S. 13; v. Lilienthal S. 42; Schnitzler S. 38/39; Stooss S. 34; Wilhelm S. 4.

3) Vgl. M. E. Mayer S. 295.

ben dem allgemein vertretenen Standpunkt, Eingriffe ohne Einwilligung bei berechtigter Annahme des *wirklichen oder mutmaßlichen Willen* des Kranken zu gestatten, auch ärztliche Handlungen wider den Willen des bewußtlosen in Lebensgefahr schwebenden Menschen nicht nur menschlich berechtigt, sondern auch zu fordern sind. „In allen Fällen augenblicklicher Gefahr muß der Arzt sein eigener Gesetzgeber sein und bleiben (Mittermayer); der praktische Arzt gehört dem Individuum und kennt in allen diesen Fällen nur die Forderung der Rettung des Individuums, sowie die Forderung des eigenen Wissens und Gewissens".[1]

Die Vornahme eines dringenden Eingriffs ohne Einwilligung des Patienten, der sich in unmittelbarer augenblicklicher Lebensgefahr befindet, bezeichnet Büdinger treffend als „unmittelbare Notoperation".[2]

b) Mittelbare Notoperation.

Es gibt Leiden, bei denen für den Patienten zwar keine augenblickliche, aber nach ärztlichem Ermessen nahe „drohende Lebensgefahr"[3] besteht. In diesen Fällen muß die Entscheidung über die Zustimmung zu einem ärztlichen Eingriff der freien Entschließung des Patienten überlassen bleiben. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist indessen unerläßlich, wenn nach Lage des Einzelfalles eine sog. „mittelbare Notoperation"[4] erforderlich ist.

Ist ein Patient bewußtlos und besteht für ihn keine augenblickliche, jedoch nahe drohende Lebensgefahr,[5]

1) Kühner S. 54.
2) Büdinger S. 22.
3), 4) Büdinger S. 24.
5) Hier kommen hauptsächlich in Betracht: Bewußtlosigkeit durch innere Blutungen, durch Schädelverletzungen, durch andere

so kann bei berechtigter Annahme des wirklichen oder mutmaßlichen Willen zur Einwilligung der erforderliche Eingriff vorgenommen werden.[1] Bei jedem Bewußtlosen die Einwilligung zu präsumieren, ist untunlich, doch wird ein zu engherziges Festhalten an der Notwendigkeit der Einwilligung „in gewissen Fällen ein Hindernis für den Arzt sein können, das Wohl des Patienten zu fördern und zugleich indirekt Ursache, dem Interesse des Kranken zu schaden".[2] – Zu groß dürfte das Unglück nicht sein, einen Menschen gegen seinen wirklichen oder mutmaßlichen Willen gerettet zu haben. –

Im Verlaufe einer Operation, zu welcher der narkotisierte Patient seine Einwilligung erteilt hat, kann sich ergeben, daß ein über die Grenzen der besonderen Verabredung hinausgehender Eingriff unbedingt erforderlich ist.[3] Bei unmittelbarer, augenblicklicher Lebensgefahr ist der Arzt nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den *weiteren* Eingriff vorzunehmen, dessen Unterlassung die straf- und zivilrechtliche Haftung des Arztes aus Kunstfehler nach sich zöge.[4] Ist die Lebensgefahr indessen eine mittelbare, nicht augenblicklich drohende, so könnte nach dem Grundsatz, *keine Operation ohne Einwilligung des Patienten*, die Forderung erhoben werden, nach seinem Erwachen aus der Narkose die Einwilligung für den indizierten weiteren Eingriff einzuholen, um ihn erst dann vorzunehmen. „Eine juristische Theo-

---

intrakranielle Prozesse; Verletzungen bei gleichzeitiger Bewußtlosigkeit und gewisse Störungen der Schwangerschaft und Geburt bei Bewußtlosen.

1) Vgl. Flügge S. 81; v. Lilienthal S. 42; Schnitzler S. 39; Wilhelm S. 27.

2) Wilhelm S. 14.

3) Z. B. Entfernung des entzündeten Wurmfortsatzes bei Uterus- oder Leistenbruchoperationen. Vgl. Büdinger S. 24, 31; v. Lilienthal S. 42; Zitelman S. 2100.

4) Vgl. Büdinger S. 25; Ebermayer S. 80 ff.

rie, die dem Arzt verböte, in solchen Fällen im Interesse des Kranken einzugreifen, die also lieber den Kranken aus juristischen Bedenken zugrunde gehen ließe, oder ihm das Vergnügen machte, daß er sich aus der Narkose erholt und dann behufs der anderen, ebenfalls notwendigen Operation noch einmal in Narkose versetzt wird, würde sich selbst richten."[1] Es muß dem freien Ermessen des Arztes anheimgestellt sein, den im Einzelfalle medizinisch indizierten weiteren Eingriff vorzunehmen. Der Arzt, dem der Patient sein Vertrauen schenkt, wird in jedem Falle sein ganzes Wissen und Können in den Dienst seines verantwortungsvollen Berufes stellen. „Daß der Patient bewußtlos vor dem Arzt auf dem Operationstisch liegt, ist der sprechendste Beweis des gegebenen Vertrauens, und der Arzt darf im Zweifel annehmen, daß ihm dieses Vertrauen auch bei den neuen Eingriffen gefolgt sein würde, die er vornehmen muß, ohne vorher die Einwilligung des Kranken einholen zu können."[2]

Es ist gewiß statthaft, eine Erweiterung der Operation dann vornehmen zu dürfen, wenn sie für den Patienten wesentliche Vorteile verspricht, mit der größten Wahrscheinlichkeit keine Gefahren bringt und keine der Möglichkeiten eintritt, die eine Einwilligung im früher besprochenen Sinne erfordern.[3]

Um sich mindestens vor zivilrechtlichen Ansprüchen zu schützen, wird der Arzt trotz allem daran gut tun, sich vor jeder Operation von dem Patienten eine schrift-

1) Zitelmann S. 2100.

2) Flügge S. 66; vgl. Ebermayer S. 123.

3) Vgl. S. 21/22; ferner Büdinger S. 31, der bei der Operation von freien Leistenbrüchen, bei denen als zufälliger Befund, der vorher nicht erwartet wird, Entzündungen des Wurmfortsatzes entdeckt werden, sich nach der Gepflogenheit vielleicht fast aller Chirurgen zur Entfernung des entzündenden Wurmfortsatzes berechtigt hält.

iche Erklärung (Revers) darüber geben zu lassen, daß er sich mit der vorgeschlagenen Operation und allen sich dabei möglicherweise als notwendig erweisenden *weiteren* Eingriffen einverstanden erklärt.

c) Auftraglose Geschäftsführung.

Abgesehen von den Erwägungen rein menschlicher Natur, welche die Vornahme eines weiteren indizierten Eingriffes stützen sollen, hat die Rechtswissenschaft aus dem Gesichtspunkt der *auftraglosen Geschäftsführung* eine Lösung gegeben.[1] „Geschäftsführung im Sinne des Gesetzes heißt nicht bloß Führung eines Rechtsgeschäfts, Geschäft ist vielmehr jede Angelegenheit eines anderen, und Geschäftsführung bedeutet, daß man im Interesse des andern tätig wird – wobei völlig gleichgültig bleibt, ob der andere selber imstande gewesen wäre, in gleicher Weise für sich tätig zu werden oder nicht."[2] Unter Anwendung der §§ 677 ff BGB. ist die Möglichkeit der Vornahme eines ärztlichen Eingriffes für die Fälle gegeben, in denen der Arzt mit dem Bewußtsein handelt, daß nicht eingewilligt ist, aber in der richtigen Annahme, daß eingewilligt worden sein würde, wenn Gelegenheit gewesen wäre, die Einwilligung einzuholen. Der Arzt, der von dem Patienten weder beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt ist, hat derart in dessen Interesse tätig zu sein, daß sein Handeln dem *wirklichen oder mutmaßlichen Willen* des Patienten entspricht. Trotzdem wird aber daran festzuhalten sein, „daß der Arzt in all den Fällen, in welchen er die Einwilligung erholen kann, sie auch zu erholen hat und wenn er sie nicht erhält, seine bessere Einsicht dem vielleicht un-

1) §§ 677–687 BGB.; vgl. Flügge S. 80/81; Wilhelm S. 12.
2) Zitelmann S. 2100; vgl. Enneccerus I. Bd. 2. Abt. S. 485.

verständlichen Verhalten des Patienten unterordnen muß".[1]

Welche Schwierigkeiten für die Beurteilung des Einzelfalles für den Arzt und Richter bestehen, und wie vorsichtig besonders der schnell und unter schwierigen Verhältnissen handelnde Arzt bei seinen Entschließungen sein muß, zeigt folgender Fall:[2]

„Eine ledige Frau konsultierte den Dr. J., welcher erklärte, es sei eine „kleine" Operation notwendig (Ausschabung der Gebärmutter), dieselbe sei nicht lebensgefährlich und die Heilung beanspruche nur wenige Tage. Hiermit war die Patientin einverstanden. In der Narkose entdeckte der Arzt beiderseitige Tubenschwellungen mit umfänglichen Verwachsungen und cystomatöser Entartung der Eierstöcke. Ohne hierzu die Einwilligung erhalten zu haben, entschloß sich nun der Arzt zur Entfernung dieser Organe, indem er die vorher besprochene Operation unterließ. Als die Patientin aus der Narkose erwacht war, wurde ihr der Sachverhalt mitgeteilt; sie äußerte zunächst lebhafte Dankbarkeit und unterzog sich einige Zeit darauf der zuerst geplanten kleinen Operation.

Ihre dankbare Gesinnung gegen den Arzt schlug jedoch bald in das Gegenteil um; die Patientin verweigerte die Honorarzahlung für die erste Operation, da dieselbe ohne ihre Einwilligung vorgenommen worden sei und erhob ihrerseits Ansprüche auf Schmerzensgeld und Verstümmelungsentschädigung (wegen der durch die Operation entstandenen Sterilität, wogegen der Arzt behauptet, dieselbe habe schon früher bestanden).

1) Ebermayer S. 123; vgl. v. Lilienthal S. 48/49.

2) Urteil des Oberlandesgerichts Dresden, mitgeteilt nach Wilhelm S. 9/10.

Das Oberlandesgericht Dresden als Berufungsinstanz wies den Anspruch des klagenden Arztes ab; derselbe habe ohne Auftrag und sogar unmittelbar gegen den Auftrag der Beklagten gehandelt, da ihm nur die Vornahme einer ganz kleinen Operation gestattet worden sei. Seine Handlungsweise bei der Vornahme der ersten Operation stelle sich daher als eine absichtliche und widerrechtliche Körperverletzung dar, für die ihm selbstverständlich eine Honorarforderung nicht zugesprochen werden könne. Allerdings sei auch der Beklagten kein Schmerzensgeld und keine Verstümmelungsentschädigung zuzubilligen, da sie durch Anerkennungs- und Dankesäußerungen dem Kläger die Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise verziehen und somit unzweideutig auf die Geltendmachung von Ansprüchen wegen der ihr zugefügten Schmerzen verzichtet habe. Das Oberlandesgericht stellt auf Grund des Gutachtens der zugezogenen Sachverständigen noch fest, daß die Beklagte vermöge ihrer Erkrankung keiner unmittelbaren Lebensgefahr ausgesetzt gewesen sei, aus der sie nur durch den Eingriff des Klägers hätte gerettet werden können und bemerkt weiter: Wenn in den vom Kläger beigebrachten Aussprüchen angesehener Ärzte, die auch vom Sachverständigen für richtig erklärt werden, wiederholt hervorgehoben wird, daß Erkrankungen der hier vorliegenden Art sobald als möglich und zu jeder Zeit operiert werden müssen, so folgt daraus, wie auch vom Sachverständigen ganz richtig bemerkt wird, nicht im entferntesten, daß der Arzt, der bei einer bewußtlosen Kranken eine Erkrankung der bezeichneten Art feststellt, sich über ihre Zustimmung hinwegsetzen und die Operation sofort an der Bewußtlosen ausführen dürfe."

Die Ansicht Tillmanns, die auch von Lilienthal[1] anführt, dürfte sich auf Grund obiger Ausführungen

1) Vgl. v. Lilienthal S. 48/49.

erledigen. Kaum wird sich die „Mehrzahl der Chirurgen für berechtigt" halten, selbst in den Fällen, in welchen „die Gefahr einer Operation viel geringer ist als die durch die Krankheit bedingte", den Patienten „gegen seinen Willen" zu chloroformieren, um so die Operation ausführen zu können.[1] Wie wenig ein derart eigenmächtiges Vorgehen des Arztes ratsam ist, selbst dann, wenn der Patient, nachdem „er aus der Narkose erwacht gewöhnlich froh ist, daß die gegen seinen Willen vorgenommene Operation ausgeführt wurde",[2] zeigt der „Dresdner Fall".

Mindestens als Erfordernis der eigenen Sicherheit müßte es sich der Arzt zum Grundsatz machen, die Einwilligung des Patienten zu verlangen mit Ausnahme der ganz bestimmten Fälle der unmittelbaren Notoperation.[3]

7. Das Einwilligungsrecht auf Grund von Rechten Dritter.

Unsere Gesellschaftsordnung gründet sich auf die Freiheit und das Selbstbestimmungsrecht des Individuums.[4]) Die Freiheit des einzelnen wird nur soweit beschränkt, „als das wegen wertvollerer Interessen eines anderen notwendig ist, oder wo überwiegende öffentliche Interessen es erfordern".[5] Im Recht der Schuldverhältnisse und besonders im Familienrecht des BGB. sind Rechtsnormen enthalten, die einen Interessenschutz Dritter in dem Sinne gewähren, daß der Schuldner bzw. Ehegatte zur Abgabe der Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff verpflichtet ist, um die Erfüllung einer ihm obliegenden Rechtspflicht zu ermöglichen.

1, 2) Tillmann Bd. I, S. 11.

3) Siehe S. 24/25.

4) Vgl. Büdinger S. 7; Heimberger S. 9; Schnitzler S. 34/35; Zitelmann S. 2100.

5) Zitelmann S. 2146.

Aus § 254 BGB, der als „Abwägungsvorschrift" aus einem „natürlichen Billigkeitsprinzip" (RG. 112, 286; JW. 1924, S. 550) entspringt, und der möglichst analog verwertet werden muß, „obwohl er von vornherein auf das Schadensgebiet beschränkt" ist, läßt sich eine Operationspflicht des Verletzten grundsätzlich nicht herleiten.[1] Es wird vielmehr in jedem einzelnen Falle zu prüfen sein, „wieweit nach dem Inhalt des Vertrages die Bindung des Schuldners gedacht war, welcher Art der verlangte ärztliche Eingriff ist und ob darnach das Verlangen, der Schuldner solle sich dem Eingriff unterwerfen, eine überobligationsmäßige Anspannung des Schuldners wäre oder nicht".[2] Hingegen liegt ein die Höhe der Ersatzsumme beeinflussendes Mitverschulden vor, wenn der Schuldner grundlos die Einwilligung zu einem ungefährlichen ärztlichen Eingriff versagt, der die Folgen einer Schädigung herabzusetzen geeignet wäre.[3]

Wesentlich wichtiger ist die Frage, ob nach § 1353 BGB. ein Ehegatte verpflichtet ist, seine Unfähigkeit zu ehelichem Verkehr durch ärztlichen Eingriff beseitigen zu lassen. Bei gerechter Interessenabwägung kann die Pflicht des Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft gemäß § 1353 BGB. nicht so weit gehen, daß ein Ehegatte „zu einer zwar nicht lebensgefährlichen, aber langwierigen, sehr schmerzhaften Operation und Nachbehandlung" zwecks Tauglichmachung zum ehelichen Verkehr einwilligen müsse. Abgesehen von einfachen, ungefährlichen, wenn auch mit mäßigen Schmerzen verbundenen Eingriffen[4] kann ohne Zustimmung des Ehegatten keine weitergehende Operation vorgenommen werden, welche die Unfähigkeit zum ehelichen Verkehr beseitigen soll.[5]

1) Vgl. Loewenwarter S. 107.
2) Goldschmidt S. 14.
3) Vgl. Ebermayer S. 194; EZ. 83, 15.
4) z. B. Incision oder Excision des Hymen.
5) Vgl. Goldschmidt S. 15.

8. Das Einwilligungsrecht auf Grund gesetzlicher Bestimmungen.

Während im bürgerlichen Recht ein Zwang zur Duldung ärztlicher Eingriffe ohne Zustimmung des zu dem Eingriff Verpflichteten nur in beschränktem Maße[1] ausgeübt wird, ist er in den folgenden Fällen vielfach zulässig.[2]

Aus dringenden öffentlichen Interessen gesundheitlicher Art hat der Staat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht einen Zwang gegen den Einzelnen auszuüben.[3] Käme nur das Wohlergehen des einzelnen Individuums in Frage, so wäre ein gesetzlicher Zwang nicht statthaft. Bei der Impfung wie bei der Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten handelt es sich aber um die Abwehr von Seuchen, durch deren Verbreitung nicht nur das Wohlergehen des Einzelnen, sondern das aller Bürger eines Staates in Frage kommt. Die Bestimmungen des Reichs-Impfgesetzes vom 8. IV. 1874 fordern, daß jedes Kind, sofern nicht besondere Hindernisse vorliegen, im 2. und im 12. Lebensjahre der Impfung mit Schutzpocken unterzogen werden soll. Eltern, Pflegeeltern und Vormünder werden mit einer Geldstrafe bis zu Rm. 20.– bestraft, wenn sie es unterlassen, durch einen ärztlichen Impfschein den Nachweis zu führen, daß die Impfung ihrer Kinder und Pflegebefohlenen erfolgt, oder aus einem gesetzlichen Grunde unterblieben ist (Reichsimpfgesetz §§ 1, 14).

Im Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. II. 1927[4] erstreckt sich der Zwang zur ärztlichen Behandlung des Geschlechtskranken auch

1) S. S. 32 ff.
2) Vgl. Goldschmidt S. 35.
3) Vgl. Endemann S. 93; Stooß S. 27; Zitelmann S. 2146.
4) Vgl. Endemann S. 93.

auf chirurgische Eingriffe; nur lebensgefährliche Operationen bedürfen von seiten des Patienten einer besonderen Einwilligung (Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten § 4).

Das Reichsimpfgesetz vom 8. IV. 1874, das Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. VI. 1900 und das Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. II. 1927 bestimmen als die gesetzlichen Grundlagen für gesundheitspolizeiliche Maßnahmen prophylaktischer und therapeutischer Natur die zwangsläufige Vornahme ärztlicher Eingriffe auch gegen den Willen des zu Behandelnden, also ohne seine Einwilligung.

9. Das Einwilligungsrecht der Soldaten und Gefangenen.

Im Gegensatz zur Gesamtheit der Staatsbürger, für die eine öffentlichrechtliche Pflicht, sich einer ärztlichen Behandlung zu unterwerfen, nur aus dem Grunde besteht, die Umgebung vor ansteckenden Krankheiten zu schützen, ist der Angehörige der Wehrmacht in höherem Maße zur Duldung ärztlicher Eingriffe verpflichtet. Die Dienstpflicht des Soldaten besteht nicht nur darin, Mitglied, sondern brauchbares Mitglied des Heeres zu sein.[1] Um im *Kriege* seine Aufgabe erfüllen zu können muß der Soldat schon im Frieden körperliche Anstrengungen und Unannehmlichkeiten auf sich nehmen.[2] Nach § 352 der Kriegssanitätsordnung vom 28. September 1907 ist im Kriege „den Soldaten zu Bewußtsein zu bringen, daß sie Gesundheit und Leben einzusetzen haben, andererseits alles tun müssen, um sich gesund und kampffähig zu erhalten".

1) Vgl. RMG. 8, 288 und 16, 224.
2) Felddienstordnung Ziff. 34.

Zweifellos ergibt sich hieraus, daß sich der Soldat auch einer ärztlichen Behandlung unterwerfen muß. Während des letzten Krieges wurde z. B. von keiner Seite bestritten, daß sich der Soldat auf dienstlichen Befehl den damals allgemein eingeführten Impfungen gegen Typhus und Cholera unterziehen mußte, obgleich für diese Impfungen keine gesetzlichen Bestimmungen bestanden.[1] Im übrigen sind die Ansichten über die Pflichten des Soldaten zur Duldung ärztlicher Eingriffe ohne persönliche Einwilligung geteilt. Gegen Weimann,[2] der behauptet, die Militärbehörde könne selbständig über den Körper des Soldaten verfügen, macht M. E. Mayer[3] geltend, daß der Militärarzt, der einem seiner Patienten „nicht bloß ärztlich anraten, sondern dienstlich befehlen wolle", sich einer Operation zu unterziehen, gegen die ärztliche Ethik handle. Trotz der Bedenken M. E. Mayers, die auch Büdinger[4] hat, nimmt das Reichsmilitärgericht und Rotermund[5] an, daß „jeder Befehl, der nur irgend welche Beziehungen zum militärischen Dienst hat" – und diese Beziehungen können im obigen Falle nicht geleugnet werden – ein dienstlicher Befehl sei.[6]

Diese Annahme schließt hingegen nicht aus, vor jeder Operation, zu der überhaupt die Einwilligung gegeben werden kann, diese einzuholen. Die Erfahrungen des Krieges haben die vom menschlichen und ärztlichen Standpunkt richtige Lösung dieser Frage bestätigt.

§ 77 Ziff. 3 der Friedenssanitätsordnung v. 16. V. 1891 bestimmt: „Bei jeder erheblichen chirurgischen

1) Vgl. Goldschmidt S. 45.
2) Deutsche Strafrechtszeitung, Jahrg. 1915, S. 529 ff.
3) Vgl. M. E. Mayer S. 294.
4) Vgl. Büdinger S. 31/32.
5) Vgl. DJZ. 1909 S. 709 ff.
6) Vgl. Goldschmidt S. 46.

Operation muß sich der ordinierende Sanitätsoffizier der Einwilligung des Kranken versichern und, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, dem Chefarzt von der Zeit der Ausführung der Operation Meldung machen."

Im *Frieden* ist infolgedessen der Soldat, der die Einwilligung zu einer erheblichen Operation verweigert, nicht wegen Ungehorsams gegen einen Befehl in Dienstsachen nach §§ 92 – 95 des Militärstrafgesetzbuches[1] strafbar; auch ist eine sonstige Zwangsmaßnahme zur Abgabe der Einwilligung oder Vornahme der Operation ohne Einwilligung nicht gegeben.

Hingegen ist durch die infolge der Nichtbehandlung unter Umständen bedingte Dienstunfähigkeit die Entlassung des Soldaten möglich.[2] Diese Tatsache trägt sicher dazu bei in Fällen, welche die Dienstuntauglichkeit verursachen, die Einwilligung zu einem medizinisch indizierten Eingriff zu erteilen, um so der drohenden Entlassung aus der Wehrmacht zu entgehen.

Durch den Eintritt in den Militärdienst wird das Persönlichkeitsrecht auf körperliche Unversehrtheit nicht aufgehoben, sondern lediglich größeren Einschränkungen unterworfen. Hierzu gehört, daß der erkrankte Soldat in der Wahl des Arztes nicht frei ist. Er hat sich der Behandlung des zuständigen Truppenarztes zu unterziehen, sofern für ihn keine unmittelbare Lebensgefahr besteht, und der Truppenarzt zur Stelle ist.[3]

In jedem Falle sind die militärischen Interessen und die Interessen des Soldaten gebührend abzuwägen und zu berücksichtigen. Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, daß durch die heutige Organisation

1) Vgl. Schäfer-Hartung MStrGB.

2) Vgl. Wehrgesetz v. 23. III. 1921.

3) Die ausführlichen Bestimmungen über die Heilfürsorge befinden sich im HVBl. 1920 S. 905 ff.

der deutschen Wehrmacht[1] der Soldat aus Liebe und Interesse zu seinem Berufe sich *freiwillig* einer nicht unbedeutenden Beschränkung seiner Freiheit unterzieht, und sich in ein langjähriges Abhängigkeitsverhältnis zum Staate begibt, das durch unbillige Härten nicht erschwert werden darf.

Über das Erfordernis einer persönlichen Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen bei erkrankten Gefangenen vertritt Flügge[2] und Rabel[3] den Standpunkt, daß lediglich die Gefängnisverwaltung im Einverständnis mit dem Anstaltsarzt über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes zu entscheiden habe. „Der Wille des Kranken entscheidet nicht über den Umfang der ärztlichen Maßregeln. Dem Gefangenen ist ja eben seine Freiheit kraft Gesetzes entzogen, und diese Freiheitsentziehung bedeutet nichts anderes, als daß er sich den von der Gefängnisverwaltung innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen zu fügen hat. Zu der Zuständigkeit der Gefängnisverwaltung gehört aber auch die Fürsorge für die Erhaltung der Gesundheit und des Lebens des Gefangenen. Trifft sie darauf abzielende Anordnungen, so muß sich der Gefangene, auch wenn er an sich geschäftsfähig ist, und wie wohl die Gefängnisverwaltung keineswegs seine gesetzliche Vertreterin ist, ihnen fügen, und muß die Maßregeln des Arztes, die er auf Anordnung oder im Einverständnis mit der Gefängnisverwaltung vornimmt, über sich ergehen lassen."[4]

Gegen den Standpunkt Flügges ist anzuführen, daß trotz der Fürsorge für die Erhaltung der Gesundheit und des Lebens der Gefangenen der Zuständigkeit der

1) Vgl. Wehrgesetz v. 23. III. 1921.
2) Vgl. Flügge S. 82/83.
3) Vgl. Rabel S. 32.
4) Flügge S. 83.

Gefängnisverwaltung zur Erfüllung dieser Pflicht zu weite Grenzen gezogen werden. Die Vornahme einer Operation z. B. ist ein derartig persönlicher Eingriff, der niemals, auch nicht gegen den Willen eines Gefangenen, durch irgend eine gesetzliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des zu Behandelnden gedeckt werden kann. Daß auch die Praxis die Ansicht Flügges nicht teilt ergibt sich aus Folgendem:

In der „Dienst- und Vollzugsordnung für die badischen Strafanstalten" von 1925, die in Anlehnung an die Richtlinien des Reichsjustizministeriums für ein Reichsgesetz betr. den Vollzug der Freiheitsstrafen erlassen wurde, sind in den §§ 42 – 45 die Aufgaben der Anstaltsärzte „im Allgemeinen" und „im Einzelnen" aufgezählt.[1] Irgend welche Bestimmungen über die Verpflichtung des Anstaltsarztes, vor jedem Eingriff die persönliche Einwilligung des Kranken einzuholen, sind nicht getroffen. Auch ist nirgends davon die Rede, daß es zur Behandlung von Gefangenen keiner persönlichen Einwilligung bedürfe. Hieraus ist zweifellos zu entnehmen, daß für das Einwilligungsrecht zu ärztlichen Eingriffen für Gefangene keine Sonderbestimmungen bestehen, sondern auch für sie die Grundsätze Geltung haben, die für den nicht in seiner Freiheit beschränkten Patienten Anwendung finden.

Nach § 175 der Verordnung bestimmt der Anstaltsarzt die Heilbehandlung. Daneben darf sich der Gefangene, der über die nötigen Mittel verfügt, und der Anstaltsarzt die Inanspruchnahme eines Facharztes zwar nicht für notwendig, aber für immerhin nicht überflüssig hält, mit Genehmigung des Vorstandes durch einen Facharzt behandeln lassen (§ 180$_5$). Es ist hierdurch dem Gefangenen die Möglichkeit gegeben neben dem

1) Untersuchung und Behandlung der Gefangenen, Gutachten über deren Gesundheitszustand, Beschaffenheit der Kost usw.

Anstaltsarzt, der für die Behandlung grundsätzlich zuständig ist (§ 180₁), einen Arzt nach freier Wahl hinzuzuziehen, was ausschließt, daß sich der Gefangene lediglich den Anordnungen der Gefängnisverwaltung im Einverständnis mit dem Anstaltsarzt über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes zu fügen habe.

Für jeden ärztlichen Eingriff ist die persönliche Einwilligung des Kranken zu erwirken. Daß für Soldaten und Gefangene dieser Grundsatz infolge eines bestimmten Abhängigkeitsverhältnisses zum Staate eine Ausnahme erleiden soll, wäre vom menschlichen und ärztlichen Standpunkt aus nicht nur zu verwerfen, sondern auch unverständlich.[1]

Auch bei Soldaten und Gefangenen können nur auf Grund dringender öffentlicher Interessen gesundheitlicher Art ohne Einwilligung ärztliche Eingriffe vorgenommen werden, wie sie das Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. VI. 1900 und das Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. II. 1927 allgemein zulassen.[2]

10. Das Eiwilligungsrecht in der Geburtshilfe.

Die ganze Schwierigkeit des Problems der Einwilligung zur Operation zeigt sich in der Geburtshilfe. Die dringende Notwendigkeit einer gerechten und alle Teile befriedigenden gesetzlichen Regelung des Einwilligungsrechts zu ärztlichen Eingriffen tritt hier besonders zu Tage.

„Kämpfende Kulturanschauungen begegnen uns in der viel erörterten Frage, ob die Zerstückelung der

1) Vgl. Büdinger S. 32.
2) Vgl. S. 35 ff.

Leibesfrucht oder eine ähnliche Operation rechtmäßig ist.[1] Bekanntlich kommt es sehr häufig vor, daß die Geburtswege einer Frau durch Anlage, Verkrüppelung, Geschwülste oder anderes derartig beschaffen sind, daß eine normale Entbindung unmöglich ist. Die medizinische Kunst hilft sich hier einerseits dadurch, daß durch Eröffnung der Schädelhöhle des Kindes zum Zwecke der Entleerung ihres Inhaltes und somit einer Verkleinerung des Kopfes ein Austritt durch das Becken möglich ist (Perforation). Andererseits wird Bauchhöhle und Uterus der Schwangeren geöffnet und das Kind auf diesem künstlichen Wege zur Welt gebracht (Kaiserschnitt).

Wird im Falle der Gebärunmöglichkeit, die auch bei Infektion des Uterus vorliegt, der Ausgang der Geburt der Natur überlassen, so ist der Tod der Mutter und ihrer Frucht gewiß. Durch die Perforation wird das Kind getötet, die Mutter hingegen meist am Leben erhalten, während durch den Kaiserschnitt das Kind gerettet wird, die Mutter aber einer Lebensgefahr ausgesetzt ist. Das Recht der Entscheidung, ob Perforation oder Kaiserschnitt vorgenommen werden soll, wird allgemein der Schwangeren zuerkannt.[2] Die Anschauung Rudecks,[3] daß die Schwangere grundsätzlich die Ausführung des Kaiserschnitts verweigern könne, um sich selbst nicht zu gefährden, geht zu weit. Wohl ist es nicht zulässig, irgend einen Zwang auf die Schwangere auszuüben, „denn das Recht auf ihre körperliche Unversehrtheit kann nicht angefochten werden, und vor allem hat ihr Leben einen höheren Wert als das des Kindes".[4]

1) M. E. Mayer S. 295/96.

2) Vgl. Moll S. 256: „Es ist gelegentlich vorgeschlagen worden, dem Vater die Bestimmung zu überlassen; doch dieser Ausweg führt nicht zum Ziel. Der Vater hat vielleicht ein besonderes Interesse, das für die Mutter nicht besteht."; Rudeck S. 95.

3) Vgl. Rudeck S. 95.

4) Vgl. Moll S. 251/52; Rudeck S. 96.

Wie die Praxis zeigt, ist es nicht ausgeschlossen, daß eine Schwangere mit engem Becken, die sich bei den ersten Anzeichen der Geburt, also zeitig in ärztliche Behandlung begibt, aus unerklärlicher Angst – oder auch aus sonstigen Gründen – die sich weder auf ihren Zustand noch auf die Gefahren des Kaiserschnitts zurückführen lassen, dessen Vornahme verweigert. Auch kommt es vor, daß die Geburtswege einer Frau derartig eng sind, daß auch das *zerstückelte* Kind nicht durch die natürlichen Geburtswege aus dem Mutterleibe herausbefördert werden kann. In diesen Fällen, in denen die Schwangere ihre Einwilligung zu dem medizinisch indizierten Kaiserschnitt verweigert, steht der Arzt vor der Entscheidung, entweder die Behandlung abbrechen zu müssen, oder sein ärztliches Gewissen zu belasten, denn auch das Kind im Mutterleibe hat ein Recht auf Leben.[1]

Hier ist es Aufgabe des erfahrenen Arztes, entweder durch Zureden der Mutter den medizinisch indizierten Kaiserschnitt erwünscht erscheinen zu lassen, oder das Absterben des Kindes in der Gebärmutter abzuwarten, um es dann zerstückeln zu können. Auch ist es seine Pflicht, die Schwangere auf die Gefahr aufmerksam zu machen, die ihr aus ihrer Weigerung erwächst und ihr letzten Endes die Verantwortung für ihr Verhalten selbst aufzubürden.[2]

Andererseits läßt es die höhere ärztliche Einsicht nicht zu, daß selbst auf *dringenden* Wunsch und mit Einwilligung der Schwangeren der Kaiserschnitt vorgenommen wird, wenn infolge des Befindens der Schwangeren, die vielleicht durch hohes Fieber in Lebensgefahr schwebt, seine Ausführung ihren sicheren Tod zur Folge hätte. Hier wird der Arzt auch gegen den aus-

1), 2) Nach mündlichen Mitteilungen von Prof. Dr. med. E. Holzbach-Mannheim.

drücklichen Willen der Mutter perforieren, da immerhin diese seine Patientin ist, und nicht das Kind, das erst mit Austritt aus dem Mutterleibe, und sofern es lebt, Rechtspersönlichkeit wird.[1] Ist die Mutter, die sich zudem meist in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befindet, durch Perforation zu retten, so ist diese vorzunehmen. In diesem Falle, wie im Falle der fortgesetzten Unschlüssigkeit oder auch Bewußtlosigkeit der Mutter, muß es dem freien Ermessen des Arztes anheimgestellt sein, zum Wohle seiner Patientin zu handeln, und den jeweils medizinisch indizierten Eingriff auszuführen, um mindestens das Leben oder die Gesundheit der Mutter zu retten.[2] Kein Arzt wird hier den Kaiserschnitt vornehmen, selbst dann nicht, wenn ihn Angehörige der Schwangeren darum ersuchen; die ärztliche Ethik und sein Gewissen verbieten es ihm.

Der Grundsatz, *keine Operation ohne Einwilligung des Patienten*, hat hier eine Ausnahme.

1) Vgl. § 1 BGB.; Flügge S. 67.
2) Vgl. M. E. Mayer S. 296; Rudeck S. 96.

III.

Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

An Stelle des nicht unbeschränkt willensfähigen Patienten gibt der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Willensfähigkeit Grundlage der Geschäftsfähigkeit. Geschäftsfähig ist nur, wer willensfähig ist. Aus der Natur der Einwilligung zur Operation als rechtsgeschäftliche Willenserklärung ergibt sich für den Einwilligenden das Erfordernis der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit. Das Bürgerliche Recht präsumiert bei natürlichen Personen die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, denn es nennt nur diejenigen, welche geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind.[1]

Geschäftsunfähig sind Kinder unter 7 Jahren, Geisteskranke im Sinne des Gesetzes, mögen sie entmündigt sein oder nicht, Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind, mögen sie in Wirklichkeit auch gesund sein, ferner Personen, die augenblicklich z. B. durch Fieberdelirium oder Trunkenheit willensunfähig sind (§§ 104, 105_{II} BGB.).

Die Willenserklärungen dieser Personen sind *nichtig* (§ 105_{I} BGB.) und können daher niemals wirksam werden. Ein Einwilligungsrecht zur Operation steht diesen Personen demnach nicht zu. Für sie hat der

1) Vgl. Flügge S. 61.

Vater, die Mutter, der Vormund oder Pfleger die Einwilligung als gesetzlicher Vertreter zu erklären (§§ 1626 ff., 1773, 1915 BGB.). Diese Einwilligung wirkt unmittelbar für und gegen den vertretenen Patienten, denn Vertretung ist die Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen andern mit der Wirkung, daß die Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen eintreten (§§ 164—181 BGB.).

Die Tatsache, keine rechtlich relevante Willenserklärung abgeben zu können, birgt eine Gefahr für den Geschäftsunfähigen in sich. „Allerdings ist nach § 1627 BGB. für den Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt eine Rechtspflicht begründet, für die Person und somit auch für das leibliche Wohl des Kindes und für die Heilung seiner Krankheiten Sorge zu tragen.[1] Indessen hat durch Verletzung dieser Rechtspflicht aus Unverstand, Laune oder gar unlauteren Motiven manches unmündige Kind seine Gesundheit, wenn nicht sogar sein Leben eingebüßt.[2]

Diesem Umstand hat die neuere deutsche Reichsgesetzgebung und die preußische Gesetzgebung weitgehend Rechnung getragen. Das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juli 1922, das auf Art. 7 Ziff. 7 der Reichsverfassung beruht, schafft ein Recht des Kindes auf Erziehung als öffentlich-rechtliche Verpflichtung (R. Jug. Wohlf. Ges. § 1_{I}). Das Recht und die Pflicht der Eltern zur Erziehung werden durch dieses Gesetz indessen nicht berührt denn gegen den Willen des Erziehungsberechtigten ist ein Eingreifen nur zulässig, wenn ein Gesetz es erlaubt (§ 1 Abs. II).

In § 49 wird die öffentliche Unterstützung hilfsbedürftiger Minderjähriger dahingehend geregelt, daß neben dem notwendigen Lebensbedarf einschließlich

1), 2) Vgl. Büdinger S. 49, 52.

der Erziehung und der Erwerbsbefähigung auch die *erforderliche Pflege in Krankheitsfällen* zu gewähren ist. Ähnlich sind die Bestimmungen im preußischen Gesetz, betr. die öffentliche Krüppelfürsorge vom 6. Mai 1920, das außer der Anstaltsfürsorge (Bewahrung, Kur und Pflege) eine Anzeigepflicht für Ärzte, Hebammen, Lehrer (Lehrerinnen), Krankenpflegepersonen und „sonstige Fürsorgeorgane" begründet, die gelegentlich ihrer Berufsausübung bei jugendlichen Personen unter 18 Jahren Verkrüppelungen wahrnehmen oder die Anzeichen drohender Verkrüppelung beobachten (Pr. Ges. betr. die öffentl. Kruppelfürsorge §§ 3 – 5). Verletzungen der Anzeigepflicht werden mit Geldstrafe bis zu Rm. 150.- oder mit Haft bis zu 4 Wochen bestraft (§ 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2). Diese Anzeigepflicht soll die frühzeitige Erfassung sämtlicher Krüppel ermöglichen, um bereits durch sachgemäße Prophylaxe nicht nur eine Entkrüppelung des Einzelnen zu veranlassen, sondern auch seine Erwerbsbefähigung zu heben.

Während das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juli 1922 und das Preußische Gesetz betr. die öffentliche Krüppelfürsorge vom 6. Mai 1920 die Normen für die Erfassung hilfsbedürftiger Minderjähriger und Krüppel zum Zwecke der Erziehung, Unterstützung und Heilung enthält, ist im § 1666 BGB. die Rechtsgrundlage und Voraussetzung des Einschreitens für das Vormundschaftsgericht gegeben, sofern durch das pflichtverletzende Verhalten des gesetzlichen Vertreters eine Gefährdung des Kindes herbeigeführt wird. Das Vormundschaftsgericht hat, soweit es erforderlich erscheint, die nötigen Erhebungen anzustellen und dann unter Einschränkung des Rechtes des Gewalthabers die zum Schutze des Kindes erforderlichen Anordnungen zu treffen und durchzuführen.[1] Als Voraussetzung zum Ein-

1) Vgl. Komm. der Reichsgerichtsräte, Anm. 1 zu § 1666 BGB.

schreiten muß der gesetzliche Vertreter die ihm obliegenden Pflichten auf dem Gebiete der Sorge für die Person des Kindes schuldhaft verletzen. Weiter erforderlich ist eine durch die Pflichtverletzung bedingte Gefärdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes, dessen Alter und der Grad seiner sittlichen Reife zu berücksichtigen sind. Eine derartige Gefährdung liegt ohne Zweifel vor, wenn ein Vater unter Mißbrauch seines Rechts die Einwilligung zu einer notwendigen Operation (vgl. RJA 14, 91) versagt, die den körperlichen und seelischen Zustand seines vielleicht verkrüppelten Kindes zu bessern oder zu beheben geeignet ist. Hier muß das Vormundschaftsgericht unter Einschränkung der Rechte des gesetzlichen Vertreters die Einwilligung zu dem medizinisch indizierten Eingriff erteilen, selbst dann, wenn sie nicht aus unlauteren Motiven (Krüppelliebe) verweigert wird. Denn eine schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Pflichten liegt nicht nur dann vor, wenn der gesetzliche Vertreter wider besseres Wissen handelt, sondern auch dann, wenn er sich ohne stichhaltige Gründe der besseren Einsicht verschließt.

Abgesehen von den Fällen der unmittelbar drohenden Lebensgefahr, die dem Arzt nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung einen Eingriff ermöglichen, wird er im übrigen notgedrungen sein Handeln von der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder von dem Eingreifen der Vormundschaftsbehörde nach § 1666 BGB. abhängig machen müssen.[2] Diese kann etwa auf Antrag des Jugendamtes dem gesetzlichen Vertreter die Bestimmung über die Vornahme einer erforderlichen Operation entziehen, um sie gemäß § 1909 BGB. einem besonders zu bestellenden Pfleger zu übertragen.

1) Vgl. Komm. der Reichsgerichtsräte, Anm. 1 zu § 1666 BGB.
2) Vgl. auch BGB. § 1800 und §§ 1631–33.

Beschränkt geschäftsfähig ist der Minderjährige, der noch nicht 21 Jahre alt ist, aber das 7. Lebensjahr vollendet hat, ferner wer wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder Trunksucht entmündigt, und wer wegen schwebenden Entmündigungsverfahren (§ 1906 BGB.) unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist. Diese Personen sind willensfähig, indessen ist ihre Willensfähigkeit *beschränkt*. Im Gegensatz zu den Geschäftsunfähigen, bei denen das Einwilligungsrecht zur Operation einhellig dem gesetzlichen Vertreter zugestanden wird, sind bei den beschränkt Geschäftsfähigen die Ansichten über das Einwilligungsrecht geteilt.

Aus dem rechtsgeschäftlichen Charakter des Einwilligungsrechts zur Operation ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 106, 114 BGB. mit den Wirkungen aus §§ 107 – 113 BGB. für den beschränkt Geschäftsfähigen. Jedes mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgenommene Rechtsgeschäft ist vollwirksam. Die Zustimmung des Vertreters kann dem Rechtsgeschäft vorhergehen (Einwilligung) oder ihm nachfolgen (Genehmigung). Sie kann sowohl dem beschränkt Geschäftsfähigen als dem andern Teil gegenüber erklärt werden.

Nach § 107 BGB. kann der beschränkt Geschäftsfähige lukrative Rechtsgeschäfte – solche, die ihm lediglich rechtlichen Vorteil gewähren – selbständig vornehmen. Die Vornahme oneroser Rechtsgeschäfte – solche, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen – sind nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam. Selbst die im Verlauf und im Ergebnis vollständig gelungene Operation ist für den beschränkt geschäftsfähigen Patienten nicht lediglich von rechtlichem Vorteil – mag sie für ihn auch von großem tatsächlichen sein – da mit Abschluß des Vertrages zwischen Arzt und Patient sich der letztere gewöhnlich

zur Gewährung einer Vergütung (Honorar) für die ärztlichen Leistungen verpflichtet[1]. In dieser Verpflichtung bereits liegt der onerose Charakter der Einwilligung zur Operation, ganz abgesehen davon, daß nicht jeder ärztliche Eingriff von Erfolg für den Patienten sein kann.

Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß ein Arzt von dringenden oder besonders gelagerten Fällen abgesehen, nicht berechtigt ist, an einem Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Operation vorzunehmen. Im Urteil des III. Zivilsenats vom 21. VII. 1907[2] wird die zivilrechtliche Haftung des Arztes für die Folgen einer ohne Einwilligung des Patienten bzw. seines gesetztlichen Vertreters ausgeführten Operation erörtert:

Ein Arzt hatte bei einem 18 Jahre und 7 Monate alten Dienstmädchen im Krankenhaus die sog. Schieloperation an einem Auge vorgenommen und zwar ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Die Operation hatte den Verlust des Auges zur Folge, obgleich der Arzt keinen Kunstfehler gemacht hatte. Während das Oberlandesgericht den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte, hob das Reichsgericht aus zum Teil hier nicht interessierenden prozessualen und materiellen Gründen das Urteil auf.[3] Die für die Frage des Einwilligungsrechts wichtigen Teile der Entscheidung seien hier mitgeteilt:

„Es ist zwar richtig, daß (vgl. auch RGSt., Bd. 25 Nr. 127) die Berechtigung des Arztes zu einer Operation von einer zustimmenden Willenserklärung des Kranken und, wenn dieser gemäß § 106 BGB. ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Minderjähriger ist, von der

1) Vgl. Zitelmann S. 2052; BGB. §§ 611, 612.
2) JW. 36. Jahrg., Berlin 1907 S. 505 Nr. 2.
3) Vgl. Wilhelm S. 26.

Einwilligung des gesetzlichen Vertreters desselben nach § 107 BGB. abhängt. Es kann auch nicht angenommen werden, daß infolge der Ermächtigung der Klägerin durch ihren gesetzlichen Vertreter in Dienst zu treten (BGB. § 113), diese Ermächtigung sich auch auf die Vornahme der vorliegenden Operation im Hospital erstreckte, selbst wenn man erwägt, daß diese Aufnahme infolge der für Dienstboten bestehenden Krankenversicherung erfolgt ist und letztere auch auf die Vornahme der in Rede stehenden Operation sich erstrecke. . . . . Auch wenn der beklagtische Erblasser die Klägerin für minderjährig hielt, konnte er bei deren Alter ohne Fahrlässigkeit die Erteilung der Einwilligung als erfolgt ansehen: zumal angesichts des regelmäßigen Verlaufs einer solchen Operation, oder er konnte auch solche angesichts der bestehenden Dienstbotenversicherung, die sich auf die fragliche Operation erstreckte, besonders in Verbindung mit § 113 BGB., über dessen rechtliche Bedeutung ein Laie nicht ohne weiteres eine richtige Meinung zu haben braucht, die Einwilligung als unnötig erachten . . . . . dies umsomehr, als der bereits 18 Jahre 7 Monate alten Klägerin nicht nur an sich das Schielen unangenehm war, sondern dasselbe auch deshalb, weil sie vom Straßenpublikum dieserhalb angerufen wurde."[1]

Das Urteil des III. Zivilsenats vom 30. VI. 1911 hat obigen Standpunkt des Reichsgerichts bestätigt, der in der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 21. VI. 1907 und in der Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 27. V. 1908 vertreten wird. „Ein Arzt hatte einem 17jährigen Mädchen mit dessen Einwilligung, aber ohne Wissen und Willen der Eltern Paraffin in die nur kümmerlich entwickelte rechte Brustseite eingespritzt. Es ergaben sich nachteilige Folgen, der Arzt wurde auf Schadensersatz

1) JW. 36. Jahrg., Berlin 1907 S. 505 Nr. 2.

verklagt und verurteilt."[1] In dem reichsgerichtlichen Urteil wird unter anderm angeführt:

Das Berufungsgericht habe mit Recht die Vornahme der Operation mangels der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Klägerin für eine rechtswidrige Körperverletzung erachtet. Gegenüber abweichenden, auch im Kommentar zum BGB. von Reichsgerichtsräten (Anm. 2 zu § 106) vertretenen Meinungen halte der erkennende Senat die schon in einem früheren Reichsgerichtsurteil ausgesprochene Auffassung fest, daß die Berechtigung eines Arztes zur Vornahme einer Operation an einem Minderjährigen *grundsätzlich* durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen bedingt sei. Daß die persönliche Zustimmung des Minderjährigen, auch wenn er eine bestimmte Verstandesreife erlangt habe, nicht genüge, die Rechtswidrigkeit des Eingriffes zu beseitigen, könne einem Zweifel nicht unterliegen, wenn diese Einwilligung als ein *Rechtsgeschäft* anzusehen, § 107 BGB. also unmittelbar anzuwenden sei. (So die Motive zu § 708, Entwurf I, Bd. II, S. 730). Aber auch wenn man in einer solchen Einwilligung nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern nur eine rein *tatsächliche* Erklärung erblicke (vgl. auch die Protokole II. Lesung zu § 706, Entwurf I BGB., Bd. II, S. 578), so werde man bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung und bei dem mit dem Amt des Vormundes verbundenen Recht der Sorge für die Person des Kindes oder Mündels gleichfalls zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Operation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der objektiven Rechtmäßigkeit entbehrt, mag auch der Minderjährige selbst ihr zugestimmt haben.[2]

1) Ebermayer S. 122.
2) Vgl. Wilhelm S. 30.

Diese Auffassung des Reichsgerichts wird von vielen Juristen geteilt.[1] Die herrschende Meinung in der Rechtsüberzeugung des Volkes und ein großer Teil der Ärzte ist anderer Ansicht. Letztere sehen sich aber aus Gründen der eigenen Sicherheit gezwungen, in der Praxis den reichsgerichtlichen Standpunkt einzunehmen.

Auch das Urteil der I. Strafkammer des Landgerichts II zu Berlin vom 30. I. 1912 verwirft die Auffassung des Reichtsgerichts.

Auf Grund des Urteils des Reichsgerichts vom 30. VI. 1911 hatten die Eltern des 17jährigen Mädchens Strafanzeige erstattet, worauf ein strafrechtliches Verfahren wegen fahrlässiger Körperverletzung gegen den Arzt eingeleitet wurde. Der Angeklagte wurde freigesprochen. Es wurde angenommen, „daß eine ärztliche Operation mit Einwilligung des verständigen und bürgerlich erwachsenen, wenn auch noch minderjährigen Patienten vorgenommen, die zum Besten des Patienten, zur Heilung eines Körperschadens dient, keine körperliche Mißhandlung, sondern eine rationelle, gebotene Handlung darstellt, die geschieht, nicht, um dem Anderen wehe zu tun, sondern – wenn sie auch tatsächlich vielleicht mit unvermeidlichen Schmerzen verbunden ist – um ihn von seinem Leiden zu befreien. Zu einem solchen Eingriff bedarf der Arzt nur der Einwilligung des Patienten selbst, sofern dieser nach seiner Verstandesreife und körperlichen Entwicklung als selbständig und bürgerlich im Sinne des täglichen Lebens verfügungsfähig anzusehen ist, da auch zahllose andere *rein tatsächliche Erklärungen* (um eine solche, nicht um ein Rechtsgeschäft handelt es sich bei der Einwilligung zu einer ärztlichen Operation) von Minderjährigen, die schon erwachsen und selbständig sind, anstandslos

1) Vgl. Anm. 1, S. 15.

im bürgerlichen Verkehr abgegeben werden, zu denen niemand auch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu erfordern pflegt."[1]

Die Annahme der Strafkammer Berlin, es handle sich bei der Einwilligung zur Operation um eine *„rein tatsächliche Erklärung"*, ist abwegig.[2] Sie ist vielmehr eine Willenserklärung, in der sich ein bestimmter *rechtsgeschäftlicher Wille* äußert. Der tatsächliche Charakter der Erklärung kann aus der tatsächlichen Natur des ärztlichen Eingriffes nicht abgeleitet werden, denn „es genügt, wenn eine Willenserklärung auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten beabsichtigt"[3]. Das Vorhandensein der Absicht, seiner Erklärung rechtliche Bedeutung zu geben, kann bei jedem Patienten angenommen werden, der überhaupt einen Arzt konsultiert oder gar zu einer Operation einwilligt.

Der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist eines rechtlich in Betracht kommenden Willens fähig; es fehlt ihm aber regelmäßig die geistige Reife und die geschäftliche Erfahrung, die das Gesetz für die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit aus Gründen des zivilrechtlichen Verkehrs für notwendig erachtet.[4]

Die Tatsache der Vollendung des 21. Lebensjahres als Voraussetzung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit ist mehr oder weniger eine willkürliche Vorschrift, deren Bedenken der Gesetzgeber selbst durch die Möglichkeit

1) Urteil der I. Strafkammer des Landgerichts II zu Berlin vom 30. I. 1922.

2) Vgl. Linckelmann S. 81; Zieger S. 39 bei Anm. 13.

3) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 51; vgl. Enneccerus BGB. Bd. I, Abt. II, S. 598 Anm. 25; Metz S. 22; Planck BGB. Anm. zu § 823 II Nr. 3.

4) Vgl. Planck BGB. Anm. zu § 106.

der Volljährigkeitserklärung Rechnung getragen hat. Kann doch in Fällen, in denen nach Umständen die Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit für den Minderjährigen wünschenswert ist, dies durch die Volljährigkeitserklärung erreicht werden (§ 3 BGB., § 56 FGG.). Es ist hiermit anerkannt, daß die erforderliche geistige Reife und geschäftliche Erfahrung, die das BGB. im zivilrechtlichen Verkehr für die rechtswirksame Willenserklärung einer Person verlangt schon *vor* der Vollendung des 21. Lebensjahres *vorhanden sein kann.* „Die Berücksichtigung der natürlichen Verschiedenheit der Menschen ist eine Forderung der Gerechtigkeit."[1] Eine gesetzliche Bestimmung, die in besonderen Fällen in ihrer Auslegung den Forderungen der Gerechtigkeit nicht entspricht, sollte für diese Fälle nicht in Anwendung kommen. Dies gilt auch für das Einwilligungsrecht zur Operation, für das unbeschränkte Geschäftsfähigkeit im Sinne des BGB. gefordert wird. Wer *tatsächlich* unbeschränkt willensfähig ist, d. h. den Erfordernissen genügt, die das Gesetz zur Grundlage der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit macht, *sollte* dies auch *rechtlich* sein, ohne dabei das 21. Lebensjahr vollendet zu haben.

Gegen den Standpunkt des Reichsgerichts, der auch von Warneyer und Zitelmann vertreten wird,[2] ist nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte, nach v. Staudinger, v. Tuhr u. a.[3] die Einwilligung zur Operation des geistig reifen und geschäftlich erfahrenen Minderjährigen erforderlich und genügend. Der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfe es also nicht.

---

1) Planck BGB. Anm. zu § 106.

2) Vgl. Anm. 1, S. 15.

3) Komm. d. Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu § 106 BGB.; v. Staudinger, Anm. 7 zu § 107 BGB.; v. Tuhr, II. Bd., 1. Hälfte, S. 343, Anm. 57, 58; Büdinger S. 44; Wilhelm S. 33 ff.

Diese Anschauung gründet sich teils auf die Deutung der Einwilligung *als tatsächliche Erklärung*[1], teils auf die nicht unberechtigte Annahme, die Einwilligung zur Operation bedürfe überhaupt *nicht* der *unbeschränkten Geschäftsfähigkeit* im Sinne des BGB., sondern es komme hier darauf an, „ob der Minderjährige nach seiner *geistigen Veranlagung* und *Entwicklung* die Bedeutung der Eingriffe zu *beurteilen* tatsächlich *selbständig imstande sei*".[2] Eine *entsprechende Anwendung* des § 107 BGB. wird *verneint*. „Um mit den Lebensverhältnissen im Einklang zu bleiben, wird vielmehr von Fall zu Fall zu prüfen sein, und wird vor allem der Arzt zu prüfen haben, ob der Minderjährige in der Lage gewesen ist, die Ersprießlichkeit des Eingriffes selbst zu ermessen, je nach seiner *geistigen* und *sittlichen Reife* und je nach der Erheblichkeit des Eingriffs."[3] Bei Minderjährigen, bei denen auf Grund ihrer Betätigung oder Stellung die *erforderliche geistige Reife und Lebenserfahrung* vorhanden ist, die Bedeutung eines ärztlichen Eingriffes zu ermessen, ist lediglich *ihre Einwilligung* zur Operation *erforderlich* und *genügend*. *Fehlt* ihnen hingegen die nötige Einsicht, *so* hat der *gesetzliche Vertreter* vermöge der ihm zustehenden Sorge für die Person des Minderjährigen die *Einwilligung* abzugeben. Bei der Mutter eines oder mehrerer Kinder, bei Offizieren, Studenten, jungen Kaufleuten, überhaupt bei Personen, die mehr oder minder *sozial selbständig* sind, darf die genügende *Verstandesreife* und *Erfahrung* vorausgesetzt werden, die sie befähigt, „eine das Wohl ihres Körpers, ihre Gesundheit bezweckende Verfügung zu treffen, und die Einwilligung in eine ärztliche Ope-

1) Vgl. Urteil der I. Strafkammer des Landgerichts II zu Berlin vom 30. I. 1912.

2) v. Staudinger, Anm. 7 zu § 107 BGB.

3) Komm. der Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu § 106 BGB.

ration an ihrer Person zu geben".[1]

Im Interesse und zur Sicherheit des minderjährigen Patienten und des Arztes wäre es wünschenswert, unter obigen Voraussetzungen die Einwilligung des Minderjährigen allgemein für ausreichend zu erachten. Als Durchschnitt könnte angenommen werden, „daß der normale Mann mit 18 Jahren über die volle Urteilskraft bezüglich seines körperlichen Zustandes verfügt, das Weib etwas früher".[2]

Jedoch findet diese Forderung im Gesetz keine Stütze, solange das Einwilligungsrecht zur Operation die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit im Sinne des Bürgerlichen Rechts voraussetzt. Bei Operationen, die zur Erhaltung des unmittelbar bedrohten Lebens des beschränkt geschäftsfähigen Patienten dringend erforderlich sind, wird auch ohne die Möglichkeit, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einzuholen nach den Grundsätzen der *auftraglosen Geschäftsführung* der ärztliche Eingriff vorgenommen werden können.[3] Dies gilt auch für Fälle, in denen ein Vater oder Vormund seine Zustimmung vielleicht aus Unverstand, Laune oder gar unlauteren Motiven verweigert. Der Arzt hat dann lediglich als Geschäftsführer ohne Auftrag eine „gesetzliche Unterhaltspflicht" des gesetzlichen Vertreters erfüllt, der für die Person des Minderjährigen nach §§ 1627 und 1793 BGB. zu sorgen hat; denn zum Unterhalt gehört auch Gewährung ärztlicher Behandlung.[4] Selbst gegen den

1) Wilhelm S. 34; vgl. Büdinger S. 44; Komm. d. Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu § 106 BGB.; v. Staudinger, Anm. 7 zu § 107 BGB.; v. Tuhr, II. Bd. 1. Hälfte S. 343 Anm. 57, 58.

2) Büdinger S. 44.

3) Vgl. S. 30 ff.

4) Vgl. Planck, Anm. 1a zu § 679 BGB.; Anm. 1 zu § 610 BGB.; Komm. der Reichsgerichtsräte, Anm. 3 zu § 1360 BGB.; Anm. 2 zu § 1610 BGB.; Zitelmann S. 2101. – Einschränkend: Enneccerus S. 501, der in diesem Falle die Geschäftsführung ohne

Willen des gesetzlichen Vertreters ist der in *unmittelbarer augenblicklicher Lebensgefahr* schwebende *Minderjährige* durch den jeweils medizinisch indizierten Eingriff zu *retten.*[1]

In nicht dringenden Fällen, in denen für den minderjährigen Patienten zwar *keine augenblickliche*, jedoch nach ärztlichem Ermessen *nahe, drohende* Lebensgefahr besteht (mittelbare Notoperation)[2], ist es nicht ausgeschlossen, daß der geistig reife Patient den Arzt um die Vornahme der erforderlichen Operation ersucht und in sie einwilligt. Hier muß der entgegenstehende Wille des gesetzlichen Vertreters berücksichtigt werden, da ja nicht „eine gesetzliche Unterhaltungspflicht nicht rechtzeitig erfüllt würde"[3]. Jedoch muß hier im Falle der Vornahme der Operation zum Schutze des Arztes wie des minderjährigen Patienten, der den Arzt um die Ausführung der Operation ersucht hat, die *erklärte Einwilligung des geistig reifen und geschäftlich erfahrenen Patienten* zur *Grundlage* für die rechtliche und tatsächliche *Würdigung* des entgegenstehenden Willens des gesetzlichen Vertreters *gemacht werden.*

Verweigert der gesetzliche Vertreter seine Genehmigung zu der mit Einwilligung des minderjährigen Patienten ausgeführten Operation und ergibt sich nach der vorgeschlagenen rechtlichen und tatsächlichen *Würdigung* die *Unbegründetheit des Widerspruchs*, so ist die Operation als nach dem *wirklichen oder mutmaßlichen Willen* des gesetzlichen Vertreters vorgenommen *zu behandeln.*[4]

Auftrag nur ausnahmsweise zulassen will, wenn der Arzt in der irrigen Annahme gehandelt habe, zur Erfüllung auch derartiger Pflichten des Geschäftsherrn berechtigt zu sein.

1) Vgl. S. 26 ff.
2) Vgl. S. 27 ff.
3) Vgl. § 679 BGB.; ferner Anm. 4 S. 57.
4) Vgl. § 678 BGB.

Auch *andererseits* ist der Wille des geistig reifen, aber beschränkt geschäftsfähigen Patienten, der sich gegen einen ärztlichen Eingriff weigert, welcher *mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters* an *ihm vorgenommen* werden soll, als *rechtlich bedeutsam* zu *berücksichtigen.* „Dem Grundsatze, wonach der gesetzliche Vertreter für die Person des Minderjährigen zu sorgen verpflichtet ist (§§ 1627 und 1793 BGB.), kann das Gesetz keineswegs die Tragweite beigemessen haben, daß dem Vertreter zugleich eine ausschließliche und uneingeschränkte Verfügung über die körperliche Unversehrtheit des Pflegebefohlenen eingeräumt und diesem andererseits jedes Selbstbestimmungsrecht entzogen sein sollte."[1] Wenn man auch dem im 21. Lebensjahr stehenden Studenten der Medizin z. B. aus gesetzlichen Gründen nicht das Einwilligungsrecht zur Operation zugestehen kann, so darf andererseits sein Wille, der sich gegen eine mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters an ihm vorzunehmende Operation richtet, weder tatsächlich noch rechtlich als bedeutungslos betrachtet werden. Ein Arzt darf hier *nicht handeln*, wenn sich dieser *Minderjährige* trotz der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters *weigert*, eine Operation an sich vornehmen zu lassen. Diesem Patienten ist neben vielen andern *geistig reifen und geschäftlich erfahrenen Minderjährigen* unbedingt die *Einsicht* in die Bedeutnng seines Zustandes und in die Folgen der vorgeschlagenen Behandlung *zuzutrauen.*

Diese Tatsache muß berücksichtigt werden, denn es wäre zweifellos eine schwere Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines Menschen und ein schwerer Verstoß gegen die ärztliche Ethik in einem derartigen Falle gegen den Willen des Patienten zu handeln. „Vor der

1) Komm. der Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu § 106 BGB.

juristischen Konstruktion ist stets die *Wirklichkeit des Lebens* und die *Macht der Tatsachen* zu berücksichtigen."[1]

1) RGZ. 99 S. 234; RGZ. 100 S. 132 ff; RGZ. 104 S. 397.

* * *

IV.

Schlußwort.

Bei geistig reifen und geschäftlich erfahrenen minderjährigen Patienten ist auf Grund der Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches über die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit die Einwilligung zur Operation in ihrer Eigenschaft als rechtsgeschäftliche Willenserklärung *nicht genügend.* Wie die Minderjährigen unter 7 Jahren bedürfen auch die beschränkt Geschäftsfähigen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Dem rechtlich relevanten Willen des Minderjährigen über 7 Jahren bei der Einwilligung zur Operation überhaupt keine Bedeutung beizumessen, wäre nach der heutigen Rechtslage mindestens ebenso unberechtigt, wie unabhängig von ihr ihm das Einwilligungsrecht allein zuzusprechen. Der *Wille* des *beschränkt Geschäftsfähigen* muß vielmehr für die *Beurteilung eines Widerspruchs* des gesetzlichen Vertreters, wie als *Einspruch gegen die Vornahme* einer durch den gesetzlichen Vertreter genehmigten *Operation* als *rechtlich erheblich* betrachtet werden, was ohne Verstoß gegen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts möglich ist.

So wünschenswert es auch im Interesse des Wohles aller Patienten läge, den Grundsatz zu verwirklichen: „was medizinisch richtig ist, kann juristisch nicht falsch sein,"[1] so unangebracht und unvorsichtig wäre es vom Standpunkt des Arztes gegen gesetzliche Bestimmungen zu handeln. Der Arzt muß sich bei der heutigen Rechts-

1) M. E. Mayer S. 296.

lage, deren vollständige Kenntnis in den wenigsten Fällen vorausgesetzt werden kann, vor zivil- und strafrechtlichen Ansprüchen zu sichern suchen, was mit Hilfe des Reverses[1], der heute allgemein in den Kliniken und Krankenhäusern vor jeder Operation von dem Patienten oder dessen gesetzlichen Vertreter verlangt wird, nur teilweise möglich ist. Denn in Fällen, in denen weder Name, Alter noch Herkunft von bewußtlosen behandlungsbedürftigen Patienten bekannt sind, ist der Arzt noch immer grundlos Gefahren ausgesetzt, die ihn eigentlich nicht bedrohen sollten.

Ein Stand, dessen Vertreter von verhältnismäßig wenigen Ausnahmen abgesehen, derartiges zum Wohle der Gesamtheit leistet, muß schon im Interesse der Allgemeinheit, der er dient, sich und sein Ansehen zu erhalten suchen. Die großzügige und aufopfernde Hilfsbereitschaft des Arztes muß — selbst zum Nachteil des Patienten — da ihre Grenzen haben, wo seine eigene Sicherheit durch unzeitgemäße gesetzliche Bestimmungen, die längst nicht mehr den Tatsachen und Erfordernissen des Lebens entsprechen, in Frage gestellt ist.

1) Vgl. S. 63.

* * *

I

Erklärung

Ich erkläre mich mit der mir vorgeschlagenen Operation an ..... und allen sich dabei möglicherweise als notwendig erweisenden weiteren Eingriffen einverstanden.

....., den .....19.....

.....

II

Erklärung

Ich erteile meine Zustimmung dazu, daß mein(e) ..... Jahre alte(r) Sohn (Tochter) sich einer Operation an..... ..... unterzieht, und daß alle mit dieser Operation zusammenhängenden Maßnahmen einschließlich der etwa nötigen Nachoperationen vorgenommen werden.

Ich erkläre, daß mir die gesetzliche Gewalt und die Sorge für die Person meine..... Sohnes (Tochter) zusteht.

....., den .....19.....

.....

Lebenslauf

Ich, *Richard Baehr*, wurde als Sohn des Privatmanns Peter Baehr und dessen Ehefrau Katharina geb. Markmann am 30. Dezember 1902 zu Mannheim geboren. Ab Ostern 1909 besuchte ich die Bürgerschule in Mannheim und trat anschließend in die dortige Großherzogliche Oberrealschule ein, die ich am 8. April 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. Vom S. S. 1922 bis zum Schluß des S. S. 1925 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an der Badischen Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg. Nach einer dreisemestrigen Unterbrechung meines Hochschulstudiums ging ich ab S. S. 1927 zum medizinischen Studium über.